

## Maturité du droit de l'environnement

Éric Naim-Gesbert

### Résumé

Cette étude montre que le droit de l'environnement est dans la saison de la maturité. D'un point de vue généalogique, il donne un sens à la marche du monde. Il produit du sens en établissant un nouveau système de signes et de valeurs qui permet d'appréhender autrement le réel, transmutant les rapports de l'humain sur le vivant. Il acquiert un statut matriciel. Du droit de l'environnement, il faut dire aujourd'hui ses pulsations irradiantes.

### Abstract

This study shows that Environmental law is in the season of maturity. From a genealogical point of view, it gives a direction to the walk of the world. It generates meaning by establishing a new system of signs and values which makes it possible to have another vision of reality, transmuting the impact of mankind on the living world. It acquires a matrix status. Of Environmental law, it should be said it radiates pulsations.

---

### Citer ce document / Cite this document :

Naim-Gesbert Éric. Maturité du droit de l'environnement. In: Revue Juridique de l'Environnement, n°2, 2010. pp. 231-240;

doi : <https://doi.org/10.3406/rjenv.2010.5276>

[https://www.persee.fr/doc/rjenv\\_0397-0299\\_2010\\_num\\_35\\_2\\_5276](https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2010_num_35_2_5276)

---

Fichier pdf généré le 04/04/2018

---

## MATURITÉ DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Eric NAIM-GESBERT

Maître de conférences en droit public HDR (Université de La Réunion)  
Directeur du master 2 Droit des collectivités territoriales

*Lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis*

Il existe une loi vraie, c'est la droite raison,  
conforme à la nature, répandue en tous  
(Cicéron, *De re publica*, III, 22)

**Résumé** Cette étude montre que le droit de l'environnement est dans la saison de la maturité. D'un point de vue généalogique, il donne un sens à la marche du monde. Il produit du sens en établissant un nouveau système de signes et de valeurs qui permet d'appréhender autrement le réel, transmuant les rapports de l'humain sur le vivant. Il acquiert un statut matriciel. Du droit de l'environnement, il faut dire aujourd'hui ses pulsations irradiantes.

**Summary** *This study shows that Environmental law is in the season of maturity. From a genealogical point of view, it gives a direction to the walk of the world. It generates meaning by establishing a new system of signs and values which makes it possible to have another vision of reality, transmuting the impact of mankind on the living world. It acquires a matrix status. Of Environmental law, it should be said it radiates pulsations.*

Le droit de l'environnement est autre qu'il ne paraît. Réputé aride, il est luxuriant ; technique, il est élémentaire ; supplétif, il est essentiel. Pour dire plus, il se définit *ratione materiae* comme l'ensemble des règles qui régulent les activités de l'homme sur son milieu. Son armature est de l'ordre de l'obligation de moyen, au principal la prévention, à l'accessoire la réparation. Toutefois, parce qu'il est un *droit de la rupture*, sa maturité tend à déplacer ses fondements vers une définition finaliste proche d'une obligation de résultat. Comme le sable, des normes d'effet durable s'infiltrant dans le jeune édifice et le consolident ou le fragilisent ; ainsi, par exemple, de l'alinéa 1 de l'article L. 220-1 du Code de l'environnement : les personnes publiques et privées « concourent, chacune dans le domaine de sa compétence et dans les limites de sa responsabilité, à une politique dont l'objectif est la mise en œuvre du droit reconnu à chacune à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé ». Dès lors, sa physionomie se brouille, surtout si l'on considère son immense propension à emprunter à d'autres droits, à transformer en profondeur des principes ou concepts, voire à en créer. Le droit de l'environnement engendre en lui-même, mais aussi en dehors de lui-même (par exemple le mécanisme de l'étude d'impact consistant à évaluer scientifiquement les incidences d'un projet sur l'environnement, dont le principe s'est exporté dans d'autres droits). C'est là un signe probant de sa maturité.

Le droit de l'environnement vit et il est vital<sup>1</sup>. Il va comme il se trouve. Il fluctue dans les méandres de l'histoire des sciences et des hommes, il est fait de chemins qui s'entrecroisent, ensermé dans un réseau de coupures, de résistances, d'inventions, de compromis, de hasards. Ses racines sont lointaines, diverses, sans doute liées à la nécessité ou à l'utilité, nées avec l'aube de la maîtrise et possession de la nature (Descartes), comme une résilience au système du droit de détruire<sup>2</sup>, le fruit de forces réactives. Il est en prise avec l'histoire des origines et contribue à écrire l'horizon de l'histoire du futur : « Pourquoi plus que tout autre objet l'environnement repose-t-il sans cesse le problème des fondements ? »<sup>3</sup>. Il est un *droit des origines* aidant à construire « l'humanisme universel qui vient »<sup>4</sup>, de par une vitalité en tous sens. Il est comme la déesse *métis*, sorte de corps avalé par le droit général qui, par un processus d'assimilation, réagit du dedans pour relier les fils et faire jaillir un droit intelligible, qui aide à penser et à réguler à neuf les jours et les nuits du monde (I). Par ses pulsations irradiantes, il construit un *espace organique singulier*. Cette conception physiologique correspond au fondement du droit de l'environnement qui par nature concilie : il est une fiction, souple, malléable, flexible, qui pèse sur le réel et s'y appuie à travers ses prescriptions (idée, par exemple, de concepts écologiques tels que le bassin hydrographique en droit de l'eau) ; il fonde un cadre mental de pensée et d'action, un mode raisonné de saisie du réel en redéfinissant un espace et un temps particuliers. C'est un droit situé et qui situe, fondé sur la nécessité de concilier les hommes et les choses (II). Par sa qualité d'idéalisme juridique, il est surtout une *manière d'être des choses naturelles médiatisées*. En ce sens, le droit de l'environnement n'est pas qu'un système juridique ayant pour

1. J. Domat, préface du « Traité des lois », 1689 : « Il n'y a point de science humaine où la conséquence des égarements soit plus importante qu'en celle des lois ».

2. M. Rémond-Gouilloud, « Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement », Paris, PUF, 1989. La résilience désigne ici la capacité de rebond du droit, dans le sens contemporain courant des sciences humaines (B. Cyrulnik, « Les nourritures affectives », Paris, Odile Jacob, 2000).

3. H. Declève, « Le droit, voix de la nature », in « Images et usages de la nature en droit », P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove, Bruxelles, publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, p. 655.

4. M. Serres, « Hominescence », éditions du Pommier, 2001, p. 7. Précisons, dans le même sillon, que pour Aristote la loi commune est celle reconnue par le consentement universel, la loi particulière celle qui régit les cités (*Rhétorique*, 1368 b 8-9).

vocation la protection de l'environnement, mais il peut aussi se concevoir comme un nouvel espace d'écriture d'un droit qui crée les conditions d'une ouverture sur le réel écologique par la médiation juridique (III).

## I. – VITALITÉS. LES FONDATIONS HYBRIDES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

D'abord, dès les temps antiques, il y a des *normes élémentaires et informes* relatives aux choses de la nature (interdiction de souiller l'eau des puits, éloignement des activités sources de miasmes...). Elles trouveront dans l'École de Cos une matrice scientifique<sup>5</sup>. Le *Traité des airs, des eaux et des lieux* d'Hippocrate (460-377) est le big bang du droit de l'environnement en devenir ; il fonde, jusqu'à Pasteur, le ferment des courants hygiénistes, systématisé par Galien (131-201) et enrichi par la médecine arabe<sup>6</sup>. Il est centré sur la théorie des humeurs pressentie par Agron D'Agrigente (V<sup>e</sup> siècle av. J.-C.) qui, chassant la peste d'Athènes à l'aide de bois aromatiques, en tire la conséquence que « l'épidémie naît de l'air »<sup>7</sup>. Par ce jeu de dépendances s'impose l'idée générale que la maladie est due à un déséquilibre entre le dedans de l'homme et le dehors, son milieu proche. Ce qui environne peut menacer l'intégrité du vivant, d'où la nécessité d'élaborer des règles appropriées. Des siècles de règlements de police en sont les témoins pétrifiés, irréductibles à un système général. C'est au XIX<sup>e</sup> siècle que les choses changent. C'est le temps des *formes naissantes des droits de l'environnement* : décret-loi du 15 octobre 1810 sur les établissements incommodes et insalubres (embryon du droit de la lutte contre les pollutions), naissance du droit de la protection de la nature sur les ruines du romantisme, puis formalisation en droit international et en droit communautaire pour fonder au cours du XX<sup>e</sup> siècle la *branche autonome du droit de l'environnement*. Aujourd'hui le printemps se mue en été. Constitué de multiples réglementations plus ou moins spéciales et achevées (droits de l'eau, de l'air, de la biodiversité, de la gestion durable des territoires, des énergies renouvelables, des nuisances, des produits chimiques, des déchets, des organismes génétiquement modifiés, etc.), le droit de l'environnement s'unifie en un *archipel fondateur*. En témoignent sa codification<sup>8</sup> et sa consécration dans la norme suprême<sup>9</sup>, aboutissements de la création d'un véritable « système juridique des droits d'accès ou d'usages »<sup>10</sup>.

Dans ce mouvement, ce jeu d'échanges continus et fertiles, le droit de l'environnement est indubitablement conquérant, parfois prédateur. Il utilise l'existant, s'arroge des techniques et des concepts et des principes étrangers, se les approprie, les adapte, les dérive de leur sens traditionnel. Il prend, il saisit, il se nourrit en forgeant à sa mesure<sup>11</sup>. Il semble libre partout. Les emprunts sont

5. E. Naim-Gesbert, « Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit », *VUBPress et Bruylant*, Bruxelles, 1999, chapitres 1 et 2.

6. Notamment par les écrits d'Avicenne, médecin et philosophe arabo-islamique (980-1037), qui a écrit « Canon de la médecine ».

7. M.-D. Grmek, « Les vicissitudes des notions d'infection de contagion et de germe dans la médecine antique », in « Textes médicaux latins et antiques », Saint-Etienne, Centre J. Palerme, 1984, p. 65.

8. Issue de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000, ratifiée par la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003, article 31-I-4°. Voir M. Prieur, « Le Code de l'environnement », *AJDA* 2000, p. 1030, et le n° spécial *RJE* 2002.

9. Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la charte de l'environnement (*JO* du 2 mars). Voir les numéros spéciaux : *Env.*, avril 2005 ; *AJDA*, 6 juin 2005 ; *RJE*, n° spécial 2005.

10. M. Waline, « Hypothèses sur l'évolution du droit en fonction de la raréfaction de certains biens nécessaires à l'homme », *Revue de droit prospectif*, n° 2-1976, p. 12.

11. Rien de neuf sous le soleil : *Sincerum est nisi vas, quodcumque infundis, acescit* (Si le vase n'est pas propre ce que tu y mets s'agrit, Horace, « Épîtres », I, 2, v 54).

nombreux, en évolution constante, ce qui donne des combinaisons infinies. C'est là son déterminisme essentiel : nécessité fait loi. Cette conquête en fait un *droit transversal*. Il procède, on le sait, historiquement du droit administratif basé sur le système romano-germanique de l'acte unilatéral qui autorise à partir d'un seuil, ou interdit, voire tolère. Il se compose d'une multitude de polices administratives spéciales structurées par des principes au degré de normativité variable<sup>12</sup>, confortée par l'impulsion d'un bon siècle de droit international, lequel compte plus d'un millier de textes conventionnels<sup>13</sup> issus pour la plupart d'une transformation de la *soft law* en *hard law* sur la base d'un *pactum cooperandi*<sup>14</sup> pour s'insérer dans un nouvel ordre international reconnaissant l'humanité comme sujet de droit<sup>15</sup>. Le droit communautaire, quant à lui, a permis d'asseoir sa vocation universaliste en adoptant des stratégies globales sur le fondement d'un niveau de protection élevée. Là aussi l'inflation textuelle ne fait pas défaut (la directive est préférée en raison du respect du principe de subsidiarité). Cette construction favorise une conception intégrée de l'environnement par rapport à d'autres politiques, élargissant l'environnement à la santé publique et la protection des consommateurs (art. 152 du Traité de Maastricht)<sup>16</sup>.

Par ailleurs, il allume d'autres feux. Le droit pénal de l'environnement est singulier, souvent dérogoratoire du droit pénal commun : par exemple, la définition spécifique de la délinquance écologique (mêlant transgression et culpabilité sur fond d'émergence d'une société punitive spéciale) ou l'existence d'infractions particulières (crime de terrorisme écologique, délit général de pollution des eaux) et essentiellement matérielles visant l'effectivité, la proportionnalité et la dissuasion<sup>17</sup>. Le droit civil est aussi très présent : droit des biens (classification des éléments de l'environnement<sup>18</sup>), droit des obligations (par exemple en matière de dépollution de sols contaminés) lequel se solidifie en un droit de la responsabilité et de la réparation adapté, centré sur la gravité du risque pour l'environnement et la santé humaine à condition que le coût soit raisonnable pour la société (art. L. 160 et s. du Code de l'environnement qui créent le principe d'une responsabilité générale pour la plupart des dommages écologiques). Le lien fécond entre le droit du travail et le droit de l'environnement procède d'une forme de gémellité, non pas dans la technique mais dans leur dimension sanitaire

---

12. M. Gros, « Quel degré de normativité pour les principes environnementaux ? », *RDJ*, n° 2-2009, p. 425-448.

13. « La méthode conventionnelle semble bien adaptée à l'édification d'un droit nouveau, sans héritage juridique qui entend associer dans les liens créés un grand nombre d'Etats, sans doute animés par le désir commun de s'assurer un environnement protégé, mais écartelés, quant au reste, par le jeu de multiples forces centrifuges : niveaux de développement économique différents, degré de dégradation du milieu humain plus ou moins élevé, importance variable des moyens respectifs à mettre en œuvre, etc. Par conséquent, le volontarisme contractuel qui inspire tout traité apparaît de nature à réaliser au mieux, dans un monde disparate d'Etats, un compromis possible entre ces facteurs divers. C'est, en outre, ce même volontarisme clairement et consciemment exprimé par les Etats, lors de l'élaboration de la convention, qui est le plus à même de créer le climat propice à une correcte exécution des engagements juridiques contractés. Le traité convient bien à la démarche zigzagante qui a été suivie dans la production des normes et qui a consisté à construire par l'appareil juridique une convention conclue pour chaque question particulière. L. Lucchini et D. Gabriel, « Sources du droit international », *JCE*, fasc. 101, 1993, p. 23.

14. A.-C. Kiss et J.-P. Beurier, « Droit international de l'environnement », Paris, *Pédone*, 3<sup>e</sup> édition, 2004.

15. A.-C. Kiss, « Un nouveau défi pour le droit international », *Projet*, n° 226, 1991, p. 51-56.

16. R. Romi et al., « Droit international et européen de l'environnement », Paris, *Montchrestien*, 2005.

17. Voir S. Brotelle, « Le système répressif du droit de l'environnement », thèse droit, 2009, Université de La Réunion.

18. « L'écologie et la loi. Le statut juridique de l'environnement », A.-C. Kiss (dir.), Paris, *L'Harmattan*, 1989.

comme l'a montré l'affaire désastreuse de l'amiante<sup>19</sup>. Le droit fiscal est lui aussi mis à contribution dans son aspect incitatif pour établir une écofiscalité dont procèdent notamment la taxe générale sur les activités polluantes (art. L. 151-1 du Code de l'environnement) et surtout le principe pollueur-payeur. L'on pourrait encore évoquer à l'envi le droit rural, le droit de l'urbanisme, le droit de la concurrence, le droit de la santé publique, etc. La coloration verte du droit dans les démocraties modernes se répand et varie du ton pastel au ton fauve.

Quantifier la part des uns et des autres reviendrait finalement à traiter de l'anatomie du droit de l'environnement, ce que font très bien les manuels devenus des classiques<sup>20</sup>. Il y a d'autres parentés possibles : La synthèse dressée il y a près de trente ans montre un écheveau de branches du droit, lequel n'a fait que s'intensifier, s'approfondir, se diversifier<sup>21</sup>. Mais ce qui se joue aujourd'hui, c'est la capacité de ce corps de règles à s'ériger en un système juridique véritable car « le droit est tout autre chose qu'une simple masse de loi »<sup>22</sup>, système dans lequel circulent et vivent des concepts, des principes, des procédures, des objectifs propres. C'est à cette *exigence physiologique* que répondent les dispositions communes du livre I du Code de l'environnement (définition générale, principes directeurs, mécanismes d'évaluation des incidences, droit à l'information et à la participation des citoyens, responsabilité environnementale, etc.). Surtout, ce système ne peut vivre que sur l'idée d'une conciliation des parties pour former un tout régulateur des rapports de l'homme à son milieu, dans la diversité de ce qui existe ou existera (concept de générations futures, évolution des écosystèmes selon le modèle du climat). C'est la veine palpante de ce droit organique.

## II. – ALLIANCES. CHARTE CONSTITUTIONNELLE DE L'ENVIRONNEMENT ET PRINCIPE DE CONCILIATION

Outre les emprunts qu'il adapte, le droit de l'environnement est inventif. Il est une « puissante école d'imagination »<sup>23</sup>. Ainsi crée-t-il des mécanismes (le droit de l'étude d'impact), des concepts novateurs (diversité biologique, développement durable, générations futures), des principes directeurs communs aux diverses polices administratives spéciales qui le constituent (principes de prévention, de précaution, du pollueur-payeur, d'information et de participation). Surtout, au-delà de la dichotomie droit commun-droit spécial, il fait œuvre créatrice au nom de la nécessaire *articulation des parties pour former un tout cohérent, logique et intelligible*, ce qui se traduit par le principe de conciliation. La notion de développement durable, définie avec clarté à l'article L. 110-1-II du Code de l'environnement, en est le fer de lance, et l'avenir de ce droit : « satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ». L'expression controversée, moquée parfois, tient sa promesse. Elle ne dit pas plus que ce

19. L'historique de ces liens est montré dans M. Despax, « Droit de l'environnement », Paris, *Litec*, 1980.

20. Entre autres : M. Prieur, « Droit de l'environnement », Paris, *Dalloz* ; R. Romi, « Droit et administration de l'environnement », Paris, *Montchrestien* ; A. Van Lang, « Droit de l'environnement », Paris, *PUF*, Thémis.

21. J. Untermaier, « Le droit de l'environnement. Réflexions pour un premier bilan », Paris, *PUF*, 1981.

22. R. von Jhering, « L'esprit du droit romain », 1886, paragraphe 42.

23. J. Morand-Deviller, « Le droit de l'environnement », *PUF*, Que sais-je ?, n° 2334, 8<sup>e</sup> édition, 2007, p. 123.

qu'elle est : une clef de la survie. L'utopie d'un droit de l'environnement rigide et absolu (et figeant) a fait long feu longtemps déjà avec la loi Morizet destinée à interdire toute émission de fumée dans l'air<sup>24</sup>. Il s'agit aujourd'hui de composer, d'articuler, de hiérarchiser, voire d'harmoniser les droits, y compris avec des rois tels que le droit de propriété (cf. CEDH, 27 novembre 2007, Hamer c/ Belgique)<sup>25</sup>. Cette idée de la conciliation est exprimée en termes d'intérêt général par la Cour européenne des droits de l'homme : « il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble » (CEDH, 2 novembre 2006, Giacomelli c/ Italie)<sup>26</sup>.

En ce sens, la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés (OGM) marque un pas décisif<sup>27</sup>. Et fait naître le contentieux constitutionnel environnemental substantiel pour en dire les formes communes. Outre la décision du 24 mars 2005 Hauchemaille et Meyet, rendue dans le cadre du contentieux des opérations de référendum (art. 60 C)<sup>28</sup>, comme juge de la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel, à deux reprises, s'est prononcé sur la Charte de l'environnement, de manière elliptique, incidente, à la « Ponce Pilate »<sup>29</sup>. Il a considéré, d'une part, qu'il appartenait au législateur de déterminer, *dans le respect du principe de conciliation*, les modalités de la mise en œuvre de l'objectif de développement durable (art. 6)<sup>30</sup>, et d'autre part, que le fait de soumettre les seuls producteurs d'électricité issue d'une source d'énergie renouvelable à une taxe à l'exportation ne méconnaît pas ce même objectif<sup>31</sup>. C'est bien peu, jusque-là, laissant la Charte de l'environnement dans les ténèbres de l'interprétation à venir. Cette décision est donc essentielle. Accessoirement parce qu'elle fait une application pleine et entière du respect de l'article 34 de la Constitution niant la méconnaissance de l'*objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* (§ 24 à 29), le législateur ayant édicté des « dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » pour éviter le risque d'arbitraire ou une interprétation inconstitutionnelle (§ 25). Surtout, elle ouvre le chemin, certes à peine balisé, à une jurisprudence fertile et destinée à garantir les droits fondamentaux, tant du point de vue du principe de précaution que du droit à l'information.

D'abord, et si la doctrine n'en doutait plus<sup>32</sup>, mais fallait-il encore une confirmation jurisprudentielle, le Conseil reconnaît que les droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement ont valeur constitutionnelle. La portée est forte : le

24. La loi Morizet du 20 avril 1932 interdit à tout établissement industriel, commercial ou administratif d'émettre des fumées nocives polluant l'atmosphère (JO du 21 avril).

25. Req. n° 21861/03. « L'environnement constitue une valeur dont la défense suscite dans l'opinion publique, et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu. Des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement, en particulier lorsque l'Etat a légiféré en la matière » (§ 79).

26. Req. n° 59909/00, paragraphe 78.

27. JO du 26 juin.

28. Cons. const., 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet, JO du 31 mars 2005, p. 5834. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel considère que le traité soumis à consultation référendaire n'est pas contraire à la Charte de l'environnement. J.-P. Camby, « Le contentieux de l'organisation du référendum du 29 mai 2005 », *RDP*, n° 3-2005, p. 587-596.

29. N. Hutten et M.-A. Cohendet, « La Charte de l'environnement deux ans après : chronique d'une anesthésie au Palais-Royal (1<sup>re</sup> partie) », *RJE*, n° 3-2007, p. 286.

30. Décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, loi n° 2005-412 relative à la création du registre international français, JO du 4 mai 2005, p. 7702, chron. E. Besson et A. Capitani, *RFDC*, n° 64-2005, p. 751-753.

31. Décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, JO du 14 juillet 2005, p. 11589.

32. Selon la majorité de la doctrine, la Charte contient des principes et règles à valeur constitutionnelle. Pour une synthèse, P. Bechmann et V. Mansuy, « Principe de précaution », *JCP env.*, fasc. 125.

principe de précaution énoncé à l'article 5 s'impose aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif ; classiquement, le Conseil, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, s'assure que le législateur n'a pas méconnu ce principe et a pris des mesures positives de nature à le faire respecter par les autres autorités publiques (§ 18). Ce principe est un *changement de paradigme dans l'écriture du droit de l'environnement*. Il est défini par la Constitution de manière moins conditionnée que dans sa version législative (art. L. 110-1 II 1 du Code de l'environnement) : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». Formulé ainsi, il est un principe de saisie juridique des risques scientifiquement incertains. Autrement dit, il permet à toute décision de prendre en compte, selon le degré de certitudes des connaissances scientifiques, l'adéquation du moyen et de la fin *a priori*<sup>33</sup>.

Dans la durée, il fait varier la nature de l'obligation : à risque prouvé, principe de prévention ; à risque suspecté, principe de précaution. Aidée par l'expertise scientifique, en l'espèce de la loi déferée le Haut Conseil des biotechnologies, l'évaluation du risque de dissémination des OGM s'opère dans le cadre d'un régime d'autorisation approprié, établi par la loi, et interdisant toute culture d'OGM qui « en l'état des connaissances et des techniques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement ». Le Conseil constitutionnel (§ 21) fait ici une application *a minima* du principe de précaution, considérant la proportionnalité des dommages éventuels, comme l'y invite sa formulation conditionnée<sup>34</sup> ; aussi le principe de précaution est respecté *proportionnellement*, bien qu'il n'évite pas « la présence accidentelle de tels organismes dans d'autres productions ». C'est affaire de seuil et de fiction juridique en deçà duquel un produit contenant des traces d'OGM n'est pas considéré comme un OGM. Ici réside toute la difficulté posée par la catégorie juridique OGM. Le risque zéro est exclu dans les Etats de droit européen, sauf à deviner à reculons comme Epiménides.

Le principe de conciliation est à l'œuvre en droit de l'environnement pour désapproprier les formes absolues, faire que les parties s'articulent entre elles pour être un tout intelligible et accessible. En fait, le droit de l'environnement est un *droit de la conciliation*. Il ne saurait être autre chose au risque de disparaître ou d'apparaître simple magie inquisitrice. Sur cette voie, il est puissant et évite l'impasse de la vérité d'apocalypse. Il accorde les droits, il assemble les pôles. Il construit une *identité cohérente de la diversité*.

### III. – TROPISMES. L'ÉMERGENCE D'UNE RES NATURA MODERNE

La Cour internationale de justice, dans un arrêt célèbre, énonce que « l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir »<sup>35</sup>. L'environnement est un mot qui signifie une chose concrète,

33. R. Romi, « Politiques publiques d'environnement : à nouveaux concepts, nouveaux principes ? », *Dr. env.*, n° 29, 1995, p. 1-3.

34. A rapp. « Il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (CEDH, 29 avril 1999, Chassagnou et autres c/ France, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 75, ECHR 1999-III).

35. CIJ, 25 septembre 1997, Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), *Rec.* 1997, p. 68, paragraphe 112.



tangible, qui vit, déchiffré entre autres par les sciences écologiques<sup>36</sup>. Or le droit puise ses fondements dans la réalité<sup>37</sup> et l'interprète en « une qualification spécifique octroyée par le droit aux objets et aux situations » d'après « une qualité ou une propriété immanente des choses (...) apportée de l'extérieur »<sup>38</sup>. S'il est une fiction, le droit de l'environnement est donc en prise avec le réel (inscrit pleinement dans l'*adaequatio rei et intellectus*), ce qui justifie l'importance cruciale du *lien entre la science et le droit*<sup>39</sup>. Parce que « ce n'est pas aux faits de suivre le droit, c'est au droit de suivre les faits, c'est-à-dire la vie »<sup>40</sup>, ce lien se réalise en un double mouvement : la science l'éclaire, fait jour en lui, mais aussi règle sa vue, la dresse, ajuste son train, ses rythmes. Dans cet espace entre-deux de médiation des rapports de l'humain et de son environnement, fondé sur l'acceptabilité comme pensée et pesée des risques, gît la *res natura* qui fait la maturité du droit de l'environnement. C'est, autrement dit, la représentation sur la scène du droit de la chose naturelle dans sa pleine souveraineté : la faire advenir pour la réguler. La *res natura* s'apparente à la modernisation de la raison primitive énoncée par Montesquieu : « Il y a donc une raison primitive ; et les lois sont les rapports qui se trouvent entre elle et les différents êtres, et les rapports de ces divers êtres entre eux »<sup>41</sup>. La création du concept de biodiversité comme celle du principe de précaution en atteste.

Le premier intègre l'espace et le temps écologiques pour saisir la variabilité d'une espèce, l'équilibre des populations et les interdépendances écosystémiques. C'est en ce sens que le droit de l'environnement n'est pas qu'un ensemble hétérogène de normes techniques, une anatomie de polices administratives spéciales juxtaposées les unes aux autres qui en ferait un *ordre juridique chaotique et labyrinthique*, mais un *corps de règles vivant qui procède d'une vraie physiologie*. La biodiversité permet d'attribuer un sens et une qualité juridiques à une situation de fait environnementale spécifique, sens et qualité alors valides pour toutes les situations de même nature. S'ordonnent ainsi des normes en un système cohérent, dynamique et rationnel. La confrontation du droit de l'environnement à la rationalité scientifique s'inscrit dans ce champ du possible : par la qualification d'un cadre spatio-temporel approprié, en mesure de prendre en compte les lois de l'écologie, ce droit produit une réalité normative et régulatrice. Il fabrique sa propre vérité juridique formulée à partir des données de la science, plus précisément en fonction des présupposés de l'esprit scientifique tout en préservant la validité de son jugement de valeurs. *La fiction juridique est alors vivante*. Elle reste cependant performative, puisque l'autonomie de l'ordre juridique assure la légitimité de toute décision prise en son sein et distribue les responsabilités<sup>42</sup>.

36. « Si l'on entendait par ce mot le monde qui nous environne, on pourrait dire alors que toutes les sciences qui produisent des connaissances sur ce monde traitent, en un sens, de l'environnement. Celui-ci serait alors omniprésent dans l'histoire des sciences mais il se réduirait à un horizon sans consistance, un socle sans contour ». J.-M. Drouin, « L'écologie : généalogie d'une discipline », in « La terre outragée. Les experts sont formels ! », *Autrement*, série Sciences en société, n° 1, janvier 1992, p. 54.

37. A.-J. Arnaud, « Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours », Paris, PUF, 1975, p. 65.

38. C. Grzegorzczak, « Le droit comme interprétation officielle de la réalité », in « Définir le droit », *Droits*, n° 11, 1990, p. 32.

39. Sur ce point, E. Naim-Gesbert, « Droit, expertise et société du risque », *RDP*, n° 1-2007, p. 33-50.

40. R. von Jhering, cité in Y. Gaudemet, « Les méthodes du juge administratif », Paris, LGDJ, 1972, p. 67.

41. Montesquieu, « De l'esprit des lois », I, 1.

42. D. Bourcier, « La décision artificielle. Le droit, la machine et l'humain », Paris, PUF, collection Les voies du droit, 1995, p. 232.

Le second permet de *penser le plausible face à l'incertitude*<sup>43</sup>. Ainsi le juge administratif peut arbitrer entre les risques suspectés et les mesures prises par les autorités publiques en exerçant un contrôle de proportionnalité, par exemple en matière alimentaire<sup>44</sup>. Il intègre l'incertitude scientifique à son appréciation de l'adéquation du droit au fait, évaluant l'acceptabilité du risque sur des bases objectives. Utilisant la technique efficiente du faisceau d'indices, il fixe un seuil minimal de preuves et détermine des soupçons qualifiés de sérieux en répondant à deux questions : quel est le degré d'occurrence du risque ? La probabilité de survenance de ce risque peut-elle être acceptée par la collectivité et à quelles conditions juridiques, politiques et éthiques, voire économiques ? L'interprétation se prolonge ailleurs. Le juge communautaire est d'une audacieuse pédagogie, qualifiant la précaution de principe général du droit communautaire, et étendant son champ d'application aux risques « pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ses intérêts sur les intérêts économiques »<sup>45</sup>. Il est donc applicable à tout domaine du droit dérivé, sans être prévu par un texte, dès lors que la situation l'impose. Par sa jurisprudence, le juge communautaire crée les normes objectives d'applicabilité de la précaution<sup>46</sup>. L'action préventive des autorités publiques est engagée avant que la gravité du risque ne soit « pleinement démontrée » par des données scientifiques concluantes<sup>47</sup>, avant que « des effets adverses ne soient matérialisés » (aff. Pfizer T 13/99, point 141). L'évaluation doit être « aussi exhaustive que possible sur la base d'avis scientifiques fondés sur les principes d'excellence, de transparence et d'indépendance »<sup>48</sup>.

Lier la science et le droit fait surgir la *notion primordiale de seuil*. Par exemple, pour la qualification d'un « air qui ne nuise pas à sa santé » (art. L. 220-1 du Code de l'environnement précité). Les sciences modernes montrent que le seuil est l'une des clefs pour comprendre le monde. L'ordre normal des choses n'est plus représenté par une ligne continue, mais par une évolution en forme de cycles plus ou moins réversibles. Ce seuil est le niveau à partir duquel une atteinte à l'environnement est qualifiée juridiquement de nuisance ou de pollution<sup>49</sup>. De ce niveau minimal, le droit attribue des effets en deçà ou au-delà. Sa vertu est aussi explicative, confinant à l'aporie le risque zéro. De l'appréciation de ce plus ou de ce moins, fixée par des politiques publiques, dépend l'acceptabilité d'un risque écologique ou sanitaire. Si le seuil peut être une norme technique ou un standard juridique à contenu scientifique, il signifie toujours l'atteinte à un intérêt protégé : ce qui est nocif, nuisible, gênant, dangereux, anormal, troublant, destructeur, etc. Le droit est irrigué ainsi par la science. Il élabore une

43. E. Naim-Gesbert, « Le principe de précaution, pensée du plausible en droit. Méthode et raison des juges administratifs français et communautaire », *REDE*, n° 2-2009, p. 141-150.

44. CE, 29 décembre 1999, Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés, req. n° 206945.

45. TPICE, 28 janvier 2003, Laboratoires Servier c/ Commission, aff. T-147/00, *Rec.* 2003, p. II-1797, point 52.

46. TPICE, 21 octobre 2003, Solvay Pharmaceuticals c/ Conseil, aff. T-392/02, *Rec.* 2003, p. II-1825, points 97 et 150 (à propos des risques liés à l'additif nifursol pour l'alimentation des animaux). Voir aussi CJCE, 24 octobre 2002, Hahn, aff. C-121/00, *Rec.* 2002, p. I-9193, point 133 (et les conclusions éclairantes de l'avocat général L.A. Geelhoed, p. I-9195, point 29).

47. CJCE, 5 mai 1998, Royaume-Uni c/ Commission, aff. C-180/96, *Rec.* p. I-2265, point 99 (à propos de la crise de la « vache folle ») et CJCE, 5 mai 1998, National Farmers' Union e.a., aff. C-157/96, *Rec.* p. I-2211, point 63.

48. TPICE, 14 décembre 2005, Arizona Chemical e.a. c/ Commission, T-369/03, point 85 (cf. aussi aff. Pfizer T-13/99 précitée, point 159).

49. A. Terzakis, « Contribution à l'étude de la complexité du droit de l'environnement », thèse droit, Paris I, 1984, p. 306.

référence acceptable de la vie en société<sup>50</sup>, et permet de formuler, fonction conciliatrice s'il en est, l'acceptation du risque environnemental rendu admissible par le choix du seuil selon une logique de pesée des divers intérêts en présence. Aussi le droit de l'environnement évite-t-il l'impasse du « dogmatisme et la raideur incompatibles avec la complexité du réel et la souplesse de la vie »<sup>51</sup>. Son avenir est dans l'advenir approprié, ajusté, de la *res natura* en droit. Elle est la clef de voûte de son été.

Il est bon de voir la vérité qui se présente. Longtemps, le droit de l'environnement fut dans les limbes de la dénégation. Après le déni, le défi. Droit devenu autonome, fondamentalement vivifiant bien que « baroque »<sup>52</sup>, à vocation systémique<sup>53</sup>, il répond à des exigences de gestion durable de la diversité biologique, situant l'humain en son sein. Son « expansionnisme désordonné »<sup>54</sup> en fait un droit mosaïque à concilier avec d'autres droits, sans que ce processus n'altère, pour le moment, son intégrité jusqu'à l'absorption<sup>55</sup>. En ce sens, le droit de l'environnement est un droit des temps modernes. Il est un *droit de résilience* au droit de détruire. Peut-être, aussi, apaise-t-il les angoisses en encadrant par la droite raison les risques sanitaires et écologiques. Comme l'écho contemporain du *droit d'hospitalité* que Kant tire de la possession commune de la terre par les hommes qui ne peuvent se disperser à l'infini et dont la violation quelque part est ressentie partout<sup>56</sup>.

---

50. « La vie en société exige que l'on choisisse parmi les différents schémas concurrentiels un seul, constituant la référence commune, afin d'harmoniser les actions qui en sont des conséquences. C'est essentiellement une tâche d'ordonnement, d'uniformisation des visions individuelles dont chacune peut attribuer un sens et une valeur différents aux éléments de la réalité », *ibid.*, p. 243.

51. L. Husson, « Les apories de la logique juridique », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, tome XV, fasc. I, 1967, p. 63.

52. J. Untermaier, « Le droit de l'environnement. Réflexions pour un premier bilan », *op. cit.*, p. 15 et s.

53. M. Prieur, « Droit de l'environnement », *op. cit.*, p. 10-11.

54. M. Prieur, « La formation du droit de l'environnement en France », *in* « Le droit et l'environnement », Paris, CNRS, 1989, p. 16-17.

55. C'est un risque sérieux. M. Pallemarts, « International Environmental Law from Stockholm to Rio : Back to the future ? », *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 1, n° 3-1992, p. 254-266.

56. E. Kant, « Projet de paix perpétuelle », III, 333 et 353. Dès lors, il existe dans l'état de nature des « droits innés et imprescriptibles de l'homme » (341).